



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2012

---

## **Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung**

Weber, Rolf H ; Wolf, Christoph A

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-66402>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H; Wolf, Christoph A (2012). Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung. Jusletter, 13(18.06.2012):online.

Prof. Dr. Rolf H. Weber / Christoph A. Wolf

## **Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung**

---

Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG zwingt Anbieter im E-Commerce seit dem 1. April 2012 zu gewissen Mindestangaben auf den Websites, welche für Bestellungen verfügbar sind. Die Autoren setzen sich in kritischer Weise mit der neuen Norm auseinander, indem sie die einzelnen Aspekte der Bestimmung in einem ersten Teil differenziert analysieren und in einem zweiten Teil deren Einbettung in das Lauterkeitsrecht ohne kohärentes Gesetzgebungskonzept im Bereich des E-Commerce hinterfragen.

---

Rechtsgebiet(e): E-Commerce; Wirtschaftsstrafrecht (UWG, Kartellgesetz, BankG, BEHG); Beiträge

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber / Christoph A. Wolf, Fragmentarische E-Commerce Gesetzgebung, in: Jusletter 18. Juni 2012

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. UWG-Revision
  - 2.1. Inhalt und Normzweck von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG
  - 2.2. Historische und systematische Betrachtung
  - 2.3. Einzelne Tatbestandsmerkmale von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG
    - 2.3.1. Anbieten von Waren, Werken und Leistungen (Einleitungssatz)
    - 2.3.2. Identitätsangaben über die Vertragspartei (Ziff. 1)
    - 2.3.3. Bestätigung der Bestellung des Kunden auf elektronischem Weg (Ziff. 4)
  - 2.4. Unklare Elemente in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG
    - 2.4.1. Elektronischer Geschäftsverkehr (Einleitungssatz)
    - 2.4.2. Hinweis auf Schritte zu Vertragsabschluss (Ziff. 2)
    - 2.4.3. Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern vor Abgabe der Bestellung (Ziff. 3)
    - 2.4.4. Ausschluss der Anwendbarkeit auf individuell ausgehandelte Verträge
- 2.5. Rechtsfolgen
- 2.6. Zusammenfassende Beurteilung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG
3. Problematik der fragmentarischen Gesetzgebung
  - 3.1. Fehlen eines kohärenten Konzepts
  - 3.2. Keine Koordination mit der EU-Rechtsentwicklung
  - 3.3. Sachlogisch richtige Einbettung ins Lauterkeitsrecht?
4. Ausblick

## 1. Einleitung

[Rz 1] Die Schweiz tut sich schwer mit der Gesetzgebung im Bereich des E-Commerce. Zwar hat das EJPD unter Bundesrätin Metzler im Anschluss an den Erlass der EU-Richtlinie 2000/31 über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>1</sup> zum Zwecke der Schaffung einer europakompatiblen Rechtsordnung in der Schweiz schon im Januar 2001 eine entsprechende Gesetzesvorlage in die Vernehmlassung gegeben. Im Wesentlichen hätte diese drei Bereiche abdecken sollen<sup>2</sup>:

- Regelung des elektronischen Vertragsabschlusses;
- Verankerung des Widerrufsrechts in Fernabsatzverträgen;
- Einführung von die Käufer allgemein besser behandelnden Sondervorschriften (Revision verschiedener Normen von Art. 197–210 OR).

[Rz 2] Der Vorlage ist in der Vernehmlassung erhebliche Kritik erwachsen. Bezüglich des elektronischen Vertragsabschlusses lautete der Haupteinwand, eine zusätzliche gesetzliche Regelung sei überflüssig. Begründet wurde dies damit, dass die Normen und Auslegungsprinzipien des OR ausreichend seien, eine Einschätzung, die durchaus – wie auch die Praxis der letzten gut zehn Jahre gezeigt hat – als

sachgerecht erscheint<sup>3</sup>. Das Widerrufsrecht ist insbesondere bei der Wirtschaft auf Widerspruch gestossen, weil ein solches Recht im elektronischen Geschäftsverkehr zu Missbräuchen einlade. Gegenüber den besonderen Käuferrechten ist geltend gemacht worden, dieser Regelungsbereich gehöre nicht in eine E-Commerce-Vorlage, d.h. der Vorschlag sei eine «Mogelpackung», um ein sonst nicht leicht vertretbares Normenpaket dem Parlament schmackhaft zu machen. Nicht in der Vorlage enthalten gewesen ist ein Vorschlag zur Regelung der elektronischen Signatur; in diesem, vorliegend nicht weiter behandelten Bereich ist es zwischenzeitlich zu einer Gesetzesanpassung gekommen, in dessen Kontext die Gleichstellung der qualifizierten elektronischen Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift sowie entsprechende Rahmenbedingungen gesetzlich verankert wurde<sup>4</sup>. Ebenfalls nicht angetastet hat der Gesetzgeber den Bereich der Verantwortlichkeit der Internet Service Provider (ISP) mit Hinweis auf die noch mangelnde Erfahrung mit entsprechenden Problemstellungen (auch mit Blick auf die Anordnungen in der EU-Richtlinie 2000/31).

[Rz 3] In der Folge ist die geplante E-Commerce-Gesetzgebung gescheitert<sup>5</sup>. Eine Regelung des elektronischen Vertragsabschlusses ist für entbehrlich gehalten worden, ebenso das Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften und die zivilrechtliche Seite der ISP-Verantwortlichkeit. Daher legte Bundesrat Blocher die Vorlage im Jahre 2005 ad acta. Schliesslich hat Bundesrätin Widmer-Schlumpf auch noch die Bemühungen um eine strafrechtliche Regelung der ISP-Verantwortlichkeit von der Tagesordnung abgesetzt.

[Rz 4] Dieses Scheitern der von der EU-Richtlinie inspirierten Gesetzesvorlage bedeutet aber nicht, dass in der Schweiz überhaupt keine E-Commerce relevanten Regeln zustande gekommen wären. Indessen handelt es sich um Sonderbestimmungen, die gewisse (z.T. zwar praktisch durchaus relevante) Elemente betreffen. Im Vordergrund steht die Anti-Spam-Anordnung in Art. 3 lit. o UWG. Diese lässt die Massenwerbung nur unter drei kumulativen Voraussetzungen zu, nämlich der Einwilligung bzw. zumindest impliziten Zustimmung des Adressaten, der korrekten Angabe über den Absender sowie dem Hinweis auf die problem- und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit<sup>6</sup>. Zudem gilt als anerkannt, dass die ISP die Kunden so weit wie möglich vor Spam zu schützen und nach Möglichkeit Auskunft über den Absender der unerwünschten E-Mails zu erteilen haben<sup>7</sup>. Wesentlich ist im E-Commerce Bereich weiter die Revision des DSG von

<sup>1</sup> Richtlinie 2000/31 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABI 2000 L 178/1 vom 17. Juli 2000.

<sup>2</sup> Vorentwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts) und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, verfügbar unter [http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz\\_geschaeftsverkehr/vn-ve-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/konsumentenschutz_geschaeftsverkehr/vn-ve-d.pdf), besucht am 3. Mai 2012.

<sup>3</sup> Eingehend dazu Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, 2. Aufl. Zürich 2010, 339 ff. m.w.V.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 14 Abs. 2bis sowie Art. 59a OR und das Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die elektronische Signatur, jeweils in Kraft seit 1. Januar 2005.

<sup>5</sup> Vgl. auch hinten Rz 9.

<sup>6</sup> Weber (FN 3), 218 f.

<sup>7</sup> Weber (FN 3), 218.

2007, die gewisse Geschäftspraktiken wie Data Mining und Data Warehousing durch die Verschärfung der Datenschutzprinzipien erschwert hat<sup>8</sup>.

[Rz 5] Diese nur bruchstückhafte E-Commerce Gesetzgebung ist um ein von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt gebliebenes weiteres Fragment, nämlich die UWG-Revision vom 17. Juni 2011, die mit Ausnahme der beschränkten AGB-Inhaltskontrolle (Art. 8 UWG)<sup>9</sup> am 1. April 2012 in Kraft getreten ist, ergänzt worden: Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG sieht verbindliche Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr vor. Gesetzgebungstechnisch auffallend ist, dass nach der Einführung der Anti-Spam-Bestimmung wiederum das UWG als Auffangbecken für eine E-Commerce Regelung dient.

## 2. UWG-Revision

### 2.1. Inhalt und Normzweck von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG

[Rz 6] Bei der Betrachtung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG fällt auf, dass dessen Stossrichtung in Abweichung von den meisten anderen ausdrücklich normierten Tatbeständen von Art. 3 Abs. 1 UWG nicht ein als besonders unwillkommen betrachtetes Handeln betrifft, sondern die Transparenz in einem speziellen Bereich sicherstellen bzw. allgemein heben soll. In diesem Sinne ähnelt Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG den Tatbeständen von Art. 3 Abs. 1 lit. k–n UWG, welche im Zusammenhang mit dem Konsumkreditgesetz erlassen wurden. Die negativ gehaltene Formulierung kann indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Zweck dieser Bestimmungen nicht in erster Linie das Verbot eines als schädlich angesehenen Verhaltens, sondern die Erzwingung eines erwünschten Verhaltens ist.

[Rz 7] Allgemeines Ziel von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG ist offensichtlich die Hebung der Transparenz im elektronischen Geschäftsverkehr. Dieser ist naturgemäss anfällig für eine fehlende Identifikation der Gegenpartei und für Missverständnisse über die konkreten Leistungen der Parteien.

[Rz 8] (i) Die Rechtfertigung, weshalb im elektronischen anders als im normalen Geschäftsverkehr ein besonderes Bedürfnis nach definierter Transparenz besteht, wird im Fehlen einer physischen Verkaufslokalität verbunden mit der Anwesenheit entsprechenden Personals gesehen<sup>10</sup>. Anders als im traditionellen Geschäftsverkehr, in welchem sich die beiden

Vertragsparteien im Idealfall direkt gegenüberstehen, kann sich der Vertragswillige im elektronischen Geschäftsverkehr nie völlig sicher sein, mit wem er es zu tun hat.

[Rz 9] (ii) Weiter ist der elektronische Geschäftsverkehr relativ anfällig für Missverständnisse über die zu erbringenden Leistungen der Betroffenen. Anders als im Falle des persönlichen oder mindestens direkten Kontakts sind Rückfragen nur über Umwege möglich. Weiter besteht die Möglichkeit, dass sich der Besteller einer Leistung ungenügend bewusst ist, ob er nun eine solche schon bestellt hat, oder ob er noch weitere Schritte tätigen muss, bis der Vertrag abgeschlossen ist. Diesen Unsicherheiten soll Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG begegnen.

### 2.2. Historische und systematische Betrachtung

[Rz 10] Die bundesrätliche Botschaft zur UWG-Revision vom September 2009<sup>11</sup> hat die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. s noch nicht enthalten. Vielmehr hat die Rechtskommission des Ständerates dieses Thema aufgegriffen<sup>12</sup>; wenig erstaunlich ist, dass die dannzumal für das Geschäft zuständige Bundesrätin über den parlamentarischen Gesinnungswandel erfreut war und den Vorschlag mit dem Hinweis unterstützte, damit lasse sich eine Angleichung an die EU-Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr schaffen<sup>13</sup>. Auch im zweitberatenden Nationalrat hat der nunmehr zuständige Departementsvorsteher namens des Bundesrates die vorbehaltlose Unterstützung dieser Vorschläge verkündet<sup>14</sup>. Im Weiteren wurde der Vorschlag nicht im Detail diskutiert. Einzig die Sprecherin der BPD Fraktion erklärte ausdrücklich, diese begrüsse die entsprechenden Neuerungen, weil damit gravierende Lücken geschlossen würden<sup>15</sup>.

[Rz 11] Dass der Meinungsumschwung in den Beratungen nicht stärker thematisiert, sondern vielmehr der Eindruck erweckt wurde, der Ständerat hätte ein bekanntes Thema aufgegriffen, scheint mit dem politischen Rollenspiel zusammen zu hängen. In der Tat nämlich ist die entsprechende Regelung keine neue Erfindung, weder in Europa noch in der Schweiz. Wie erwähnt, schlug der Bundesrat schon vor zehn Jahren mit der Vorlage zum elektronischen Geschäftsverkehr<sup>16</sup> vor, den Konsumentenschutz allgemein zu verstärken. In diesem Zusammenhang sollte auch eine Pflicht geschaffen werden,

<sup>8</sup> Vgl. zur Chronik der Entstehung sowie zu den Details die Auflistung des Bundesamtes für Justiz, verfügbar unter [http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/staat\\_und\\_buerger/gesetzgebung/abgeschlossene\\_projekte0/datenschutz.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/staat_und_buerger/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte0/datenschutz.html), besucht am 3. Mai 2012.

<sup>9</sup> Diese Bestimmung tritt auf den 1. Juli 2012 in Kraft.

<sup>10</sup> Ahmed Kut/Damian Stauber, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, in: Jusletter, 20. Februar 2012, Rz 53.

<sup>11</sup> BBl 2009 6151.

<sup>12</sup> Kommissionssprecher Bürgi im Ständerat (29. September 2010), AB SR 2010, 933.

<sup>13</sup> Bundespräsidentin Leuthard im Ständerat (29. September 2010), AB SR 2010, 933.

<sup>14</sup> Bundesrat Schneider-Ammann im Nationalrat (8. März 2011), AB NR 2011, 225.

<sup>15</sup> Nationalrätin Gadiant für die BDP Fraktion im Nationalrat (8. März 2011), AB NR 2011, 223 f.

<sup>16</sup> Vgl. vorne Rz 2 f.

den Kunden über die Identität des Vertragspartners zu informieren sowie Angaben zu den bestellten Leistungen zu liefern. Diese Pflicht wäre im OR festzuhalten sowie mit einer entsprechenden Formulierung im UWG abzusichern gewesen<sup>17</sup>. Verbunden damit sollte sodann ein Widerrufsrecht eingeführt werden, wie es schon bei Haustürgeschäften bestand<sup>18</sup>. In der Vernehmlassung wurde aber namentlich die Ausdehnung des Widerrufsrechts heftig kritisiert, was den Bundesrat schliesslich bewog, auf eine entsprechende Revision zu verzichten<sup>19</sup>. Festzustellen ist immerhin, dass offenbar gegen die Informationspflicht als solche keine wesentlichen Einwände erhoben wurden<sup>20</sup>.

[Rz 12] Die neue Bestimmung zum elektronischen Geschäftsverkehr gilt systematisch betrachtet als Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 lit. b UWG. Wie bereits dargelegt, hat Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG aber entgegen der Formulierung nicht zum Ziel, gewisse Handlungsweisen zu verhindern, sondern eben gerade die Offenlegung gewisser Angaben zu bewirken. Die neue Bestimmung stellt sich damit in die Reihe der Vorschriften zur Förderung bzw. Erzwingung eines gewissen Mindeststandards an Transparenz in Bereichen, in welchen der Gesetzgeber dies als besonders dringend angesehen hat.

[Rz 13] Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG beinhaltet indessen keine materiellen Vorschriften hinsichtlich der in Frage stehenden Verträge. Was die Parteien im Rahmen der Bestimmung miteinander vereinbaren, ist ihre Sache und wird von dieser Bestimmung nicht sanktioniert. Damit stellt sich Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG, wie die meisten der ausdrücklich statuierten Tatbestände des Lauterkeitsrechts, in die Tradition der Vertragsfreiheit. Zwar sollen gewisse Methoden der Vertragsgestaltung oder der Vertragsanbahnung beschränkt oder erzwungen werden, dies soll indessen ohne unnötige Eingriffe in die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse geschehen.

## 2.3. Einzelne Tatbestandsmerkmale von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG

[Rz 14] Technisch gliedert sich Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG in den Einleitungssatz mit der Beschreibung der erfassten Vertragsverhältnisse, nämlich dem Anbieten von Waren, Werken oder Leistungen im elektronischen Geschäftsverkehr, sowie die sich daraus ergebende Rechtsfolge. Die Konsequenzen

von Art. 23 UWG kommen zum Tragen<sup>21</sup>, sofern unterlassen werden: (a) gewisse Angaben über die Identität der Vertragspartei, (b) Schritte zu einem Vertragsabschluss, (c) Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern, (d) elektronische Bestätigung der Bestellung des Kunden.

### 2.3.1. Anbieten von Waren, Werken und Leistungen (Einleitungssatz)

[Rz 15] Vorab stellt sich die Frage, auf welche Art von Verträgen die Vorschrift Anwendung finden soll. Das Gesetz spricht das Anbieten von Waren, Werken und Leistungen an. *Anbieten* ist eine Tätigkeit, welche in den Tatbeständen von Art. 3 Abs. 1 UWG an verschiedenen Stellen vorkommt, so in Art. 3 Abs. 1 lit. m und lit. p UWG. Ein Angebot wird gemeinhin als Synonym für einen Antrag im Sinne von Art. 3 OR verstanden; damit die entsprechenden Waren, Werke und Leistungen angeboten werden können, darf der Betroffene also nicht nur in einer allgemeinen Weise darauf hinweisen, dass er mit den konkreten Gegenständen oder mit solchen der entsprechenden Art Handel treibt, diese etwa in seiner Verkaufslokalität angeboten werden; vielmehr muss er diese an sich anbieten. Es ist mithin nötig, dass eine tatsächliche Möglichkeit zu einem Vertragsabschluss oder mindestens zur Abgabe einer entsprechenden Bestellung besteht, und zwar über die (noch zu erläuternde) verwendete Plattform<sup>22</sup>. Nicht genügen dürfte demnach die Information über angebotene Waren, Werke oder Leistungen, hinsichtlich welcher weitere Schritte zum entsprechenden Vertragsabschluss nötig sind, etwa das Aufsuchen der Verkaufslokalität<sup>23</sup> oder der Büroräumlichkeiten<sup>24</sup> des Anbieters. Um das Element des Anbietens zu erfüllen, muss demnach die Möglichkeit bestehen, dass sich direkt mittels der in Frage stehenden Plattform ein Vertrag über diese Waren, Werke und Leistungen abschliessen lässt<sup>25</sup>.

[Rz 16] Immerhin scheint die Annahme gerechtfertigt zu sein, dass das Anbieten nicht wörtlich im Sinne des OR zu verstehen ist. Ein Anbieten namentlich etwa auf einer Website kann den Umständen entsprechend auch als blosser Einladung zur Antragsstellung (*invitatio ad offerendum*) verstanden werden. Selbst in einem solchen Fall ist freilich die Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG zu bejahen, und zwar deshalb,

<sup>21</sup> Vgl. dazu hinten Rz 42.

<sup>22</sup> Vgl. dazu hinten Rz 30.

<sup>23</sup> Zu denken ist dabei etwa an ein Geschäft, welches sein Sortiment ganz oder teilweise elektronisch zugänglich macht, bei welchem aber diese Bekanntmachung als blosser Information über den Status desselben ausgestaltet ist und keine direkte Bestellung erfolgen kann.

<sup>24</sup> Zu denken ist etwa an eine Anwaltskanzlei, welche Informationen über die angebotenen Dienstleistungen auf ihrer Website publiziert, doch müssen die potentiellen Klienten einen anderweitigen Kontakt, in welcher Form auch immer, mit der Kanzlei suchen, damit ein Vertrag zustande kommt.

<sup>25</sup> Kut/Stauber (FN 10), Rz 60; Lukas Bühlmann/Michael Schüepp, Impressumspflicht für Angebote auf Online-Auktionsplattformen?, in: Jusletter, 16. April 2012, Rz 26.

<sup>17</sup> Zum Ganzen vgl. Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (FN 2), 4 und 9.

<sup>18</sup> Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (FN 2), 5 f.

<sup>19</sup> Vgl. die Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr (Teilrevisionen des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) S. 43 ff.; sodann auch: Medienmitteilung des EJPD: «Konsumentenschutz wird nicht ausgebaut – Bundesrat verzichtet auf Gesetzesrevision» vom 9. November 2005.

<sup>20</sup> Zusammenstellung der Vernehmlassungen (FN 19), S. 134 ff.

weil es für das Bedürfnis des Betroffenen nach Information grundsätzlich keinen Unterschied zu machen vermag, ob am Ende des in Frage stehenden Kontaktes schon ein zustande gekommener Vertrag steht oder ob er bloss einen unwider-ruflichen Antrag auf Abschluss eines solchen abgibt. Insbesondere wäre es praktisch schwierig, zwischen den beiden Situationen zu unterscheiden. Regelmässig spielt nämlich diese technische Seite für die Beteiligten keine Rolle, indem die Bestellung abgesandt wird, unabhängig davon, ob es sich um einen Vertragsabschluss an sich oder um einen blossen Antrag handelt.

[Rz 17] Hinsichtlich der erfassten Vertragstypen spricht das UWG von Waren, Werken und Leistungen. Während die Begriffe *Waren* und *Leistungen* nicht gesetzlich definiert sind, stellt ein *Werk* in der Regel das Objekt eines Werkvertrages im Sinne von Art. 363 ff. OR dar. Das OR spricht indessen an verschiedenen Stellen von Waren, sowohl in den allgemeinen Bestimmungen als auch im besonderen Teil. Darunter wird verstanden, was Gegenstand eines Fahrniskaufvertrages sein kann, also jegliche Objekte eines Kaufvertrages mit Ausnahme von Liegenschaften oder sonstigen ins Grundbuch aufgenommenen Rechten. In der Regel wird es sich dabei um bewegliche Sachen handeln. Der Begriff *Werke* dürfte eine Präzisierung hinsichtlich von Objekten darstellen, welche der betroffene Anbieter erst noch herstellen muss, um zu gewährleisten, dass auch Werklieferungsverträge erfasst sind. Der Begriff *Leistungen* hingegen muss, entsprechend dem Schutzzweck der Vorschrift, verstanden werden als sämtliche unkörperlichen Elemente eines Veräusserungs- oder Dienstleistungsvertrages.

[Rz 18] Zu bemerken ist, dass der Tatbestand keine Beschränkung auf Konsumentenverträge oder solche von natürlichen Personen vorsieht. Den entsprechenden Vorschriften unterliegt somit sämtliches Anbieten der erwähnten Gruppen, ungeachtet ob an private oder gewerbliche Abnehmer gerichtet. Dies scheint angesichts der Zielsetzung des UWG auch sachgerecht zu sein. Das Lauterkeitsrecht hat ja nicht bloss den Schutz der Konsumenten, sondern die Sicherstellung des lauten Wettbewerbs im Allgemeinen zum Zweck<sup>26</sup>. Ein Anbieter entsprechender Gegenstände kann sich demnach den sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG ergebenden Pflichten nicht dadurch entziehen, dass er diese nur an gewerbliche Abnehmer anbietet.

### 2.3.2. Identitätsangaben über die Vertragspartei (Ziff. 1)

[Rz 19] Als erste Folge des Bestehens eines Angebots im Rahmen des elektronischen Geschäftsverkehrs ist der Anbieter gehalten, über seine Identität sowie seine Kontaktadresse inkl. elektronischer Post klare und vollständige Angaben zu machen.

[Rz 20] Der Zweck dieser Angaben besteht darin, dass der

Betroffene zu jedem Zeitpunkt ersehen kann, wer sein Gegenüber ist. Dies spielt insbesondere im Hinblick auf eine allfällige spätere Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag eine Rolle. Selbstredend kann dies aber schon im Vorfeld des Vertragsabschlusses von Interesse sein. So mag der Betroffene daran interessiert sein, über seinen prospektiven Vertragspartner Erkundigungen vornehmen zu wollen, was nur möglich ist, wenn dieser einwandfrei identifiziert ist. Allgemein lässt sich daher sagen, dass diese Impressumspflicht zum Zweck hat, die Intransparenz auszugleichen, welche dadurch entsteht, dass der Betroffene keine physische Person vor sich hat.

[Rz 21] Die fraglichen Angaben müssen – soll die Impressumspflicht ihren Zweck erfüllen – reichen, damit der Vertragspartner zweifelsfrei identifiziert werden kann. Bei natürlichen Personen dürfte die Angabe von Vor- und Nachnamen verbunden mit der postalischen Adresse sowie der E-Mail Adresse genügen. Bei juristischen Personen hingegen dürfte es sich rechtfertigen, die Firma, den Sitz sowie die postalische Adresse und die E-Mail Adresse anzugeben.

[Rz 22] Unklar ist, ob die Telefonnummer, unter welcher der Betroffene erreicht werden kann, ebenfalls zu den impressumspflichtigen Angaben gehört. Das UWG spricht von Identität und Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post. Dass die Telefonnummer nicht unter den Begriff der Identität des Betroffenen fallen kann, scheint offensichtlich. Diese präsentiert sich ja gerade grundsätzlich unabhängig davon, wie der Betroffene erreicht werden kann. Fraglich ist indessen, ob die Angabe der Telefonnummer unter den Begriff der Kontraktadresse fallen und demnach obligatorisch sein könnte. *Adresse* wird in aller Regel als Synonym für die Bezeichnung *Anschrift* verwendet. Aus dem Begriff der *Anschrift* ergibt sich klar, dass es bei den fraglichen Daten nur um solche gehen kann, welche es erlauben, den Betroffenen anzuschreiben, also postalisch zu erreichen. Dies erscheint auch sachgerecht im Hinblick auf den Zusatz, wonach auch *die Anschrift der elektronischen Post* impressumspflichtig ist. Dabei handelt es sich um die *Anschrift*, mittels welcher anstelle des klassischen postalischen Weges auf elektronischem, aber nach wie vor schriftlichem Weg Kontakt aufgenommen werden kann. Die Telefonnummer als solche ist indessen nicht notwendig, um postalisch in Kontakt mit jemandem zu treten. Dementsprechend dürfte sie nicht von der Impressumspflicht erfasst sein<sup>27</sup>, im Gegensatz zur Rechtslage unter der E-Commerce-Richtlinie der EU, die in Art. 5 (1) lit. c die Verfügbarmachung von Angaben, die es *ermöglichen, schnell mit dem Diensteanbieter Kontakt aufzunehmen und unmittelbar und effizient mit ihm zu kommunizieren*, verlangt. Solche Angaben sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gerade nicht auf die blosse postalische *Anschrift* beschränkt, welche im Rahmen der Richtlinie ohnehin schon von Art. 5 (1) lit. b erfasst ist, sondern können

<sup>26</sup> Art. 1 UWG; vgl. auch hinten Rz 57/58.

<sup>27</sup> So auch Kut/Stauber (FN 10), Rz 67.

auch andere Formen der Kommunikation mit dem Betroffenen umfassen. Dennoch scheint zumindest in Deutschland die geltende Rechtslage sich ebenfalls mit der Angabe der rechtsverbindlichen postalischen bzw. sog. ladungsfähigen Anschrift<sup>28</sup> zu begnügen<sup>29</sup>.

[Rz 23] Die zu liefernden Angaben müssen dabei so platziert bzw. so zugänglich sein, dass einem durchschnittlichen Vertragspartner die Kenntnisnahme des Inhaltes zumutbar ist<sup>30</sup>. Im Gegensatz zur Rechtslage unter der E-Commerce-Richtlinie der EU, welche fordert, dass entsprechende Angaben leicht, unmittelbar und ständig verfügbar sein müssen<sup>31</sup>, ist dieses Erfordernis in der Schweiz nicht ausdrücklich statuiert. Es dürfte sich dennoch indirekt aus dem Sinn der Impressumspflicht ergeben, dass die entsprechenden Daten nicht nur über Umwege, sondern direkt ersichtlich und ständig verfügbar sein müssen. Das Impressum darf also nicht bloss über versteckte oder unauffällig platzierte Hyperlinks erreichbar sein, sondern ist einigermaßen prominent zugänglich zu machen. Sachgerechterweise geschieht dies im Rahmen einer entsprechenden Rubrik auf der Website bzw. der Plattform.

[Rz 24] Hinsichtlich sog. Kleinanzeige-Plattformen ergeben sich indessen besondere Fragestellungen. Manche dieser Plattformen ermöglichen es ihren Benutzern, unter Verwendung eines Pseudonyms miteinander in Kontakt zu treten, etwa im Rahmen einer Versteigerung oder im Rahmen der allgemeinen Vertragsanbahnung. Dabei bleiben die Betroffenen in der Regel anonym. Dies ist oft auch Teil des Geschäftsmodells der Betreiber der betroffenen Plattform; die Wahrung der Anonymität der Beteiligten soll Umgehungsge-  
schäfte verhindern, weil Geschäfte, welche über die Plattform abgewickelt werden, mit einer Kommission zu Gunsten des Betreibers belegt sind<sup>32</sup>.

### 2.3.3. Bestätigung der Bestellung des Kunden auf elektronischem Weg (Ziff. 4)

[Rz 25] Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG verpflichtet den Anbieter, will er sich nicht dem Vorwurf eines lauterkeitwidrigen Verhaltens aussetzen, eine Bestellung eines Kunden sofort auf elektronischem Wege zu bestätigen. Eine parallele Bestimmung findet sich auch in der E-Commerce Richtlinie der EU<sup>33</sup>. Eine solche Bestätigung vermag im normalen

elektronischen Geschäftsverkehr grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten zustande zu kommen: Einerseits kann diese Bestätigung per E-Mail verschickt werden, andererseits lässt sich diese Bestätigung auch auf der entsprechenden Website oder Plattform, über welche die Bestellung getätigt wurde, anzeigen. Sodann möglich und im Geschäftsverkehr üblich ist die Kombination beider Arten der Bestätigung. Dabei wird einerseits dem Kunden sofort eine Bestätigung angezeigt und eine solche gleichzeitig an eine allfällig angegebene E-Mail Adresse gesendet. Fraglich ist indessen, ob auch eine Versendung bloss per E-Mail bzw. eine Bestätigung rein im Rahmen der Plattform bzw. Website reichen kann, damit dem Erfordernis von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG Genüge getan ist.

[Rz 26] Um diese Frage zu beantworten, muss zuerst bestimmt werden, welchen Zweck die Bestätigungspflicht erfüllen soll. Dabei ist vorab der Umstand in Erinnerung zu rufen, dass einerseits in der Schweiz ein allgemeines Widerrufsrecht für abgeschlossene Verträge bloss in sehr beschränktem Umfange besteht. Ein solches gibt es nämlich einzig für den praktisch seltenen Fall, dass der Widerruf eines Antrages oder einer Annahme vor oder gleichzeitig mit dieser Erklärung bei der anderen Partei eingeht<sup>34</sup>. Ein allgemeines Widerrufsrecht kennt die Schweiz namentlich auch nicht generell für Verträge, sondern einzig für Haustürgeschäfte<sup>35</sup>. Die Einführung eines Widerrufsrechts, welches ebenso den elektronischen Geschäftsverkehr erfasst hätte, war in der Schweiz im Rahmen der Revision des Konsumentenschutzes geplant, wurde dann aber heftig kritisiert, weshalb der Vorschlag scheiterte<sup>36</sup>. In die neue UWG-Bestimmung wurde das Widerrufsrecht nicht übernommen. Es fragt sich also, was, wenn eine abgegebene Bestellung nicht widerrufen werden kann, der Sinn einer entsprechenden Zusendung einer Bestätigung sein kann. Auf der Hand liegt, dass es für den Besteller vorteilhaft ist, zu wissen, mit wem er es zu tun hat und eine jederzeitig, insbesondere nachträglich, verfügbare Übersicht über die getätigte Bestellung hat. Damit kann er einerseits nachprüfen, ob die später bezogenen Leistungen tatsächlich den bestellten entsprechen sowie ob eine taugliche Grundlage zur Geltendmachung allfälliger Rechte aus der Bestellung<sup>37</sup> vorhanden ist. Die Bestätigung der Bestellung muss, soll sie dem Besteller einen Nutzen ausserhalb der blossen Kenntnisnahme über den Umstand, dass seine Bestellung eingegangen ist, bringen, dadurch eine gewisse Beständigkeit aufweisen, damit auch zu einem späteren Zeitpunkt noch darauf zugegriffen werden kann.

[Rz 27] Hinsichtlich der Bestätigung der Bestellung per E-Mail (ohne oder in Verbindung mit einer Bestätigung auf der

<sup>28</sup> § 312g (1) Nummer 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 1 (1) Nummer 3 BGBEG.

<sup>29</sup> Zu den weiteren gemäss E-Commerce-Richtlinie anzugebenden Daten vgl. hinten Rz 53/54.

<sup>30</sup> So auch Kut/Stauber (FN 10), Rz 72; vgl. zum Ganzen auch den eben erschienenen Beitrag von Philipp Schröder/Lukas Bühlmann, Übernahme der Anbieterkennzeichnung durch den Portalbetreiber – ein Modell für Deutschland?, CR 2012, 318, 323.

<sup>31</sup> Art. 5 (1), Einleitungssatz der E-Commerce-Richtlinie (FN 1).

<sup>32</sup> Zum diesbezüglichen Diskussionsstand im Allgemeinen vgl. Bühlmann/Schüepf (FN 25), Rz 2.

<sup>33</sup> Art. 11 (1), 1. Spiegelstrich der E-Commerce-Richtlinie (FN 1).

<sup>34</sup> Art. 9 Abs. 1 und 2 OR.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 40a ff. OR.

<sup>36</sup> Vgl. vorne Rz 2 und Rz 9.

<sup>37</sup> Etwa im Falle von Sachmängeln bei einem Kauf oder im Falle von Willensmängeln.

Webpage bzw. Plattform) ist festzuhalten, dass eine solche ohne weiteres den Erfordernissen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG entsprechen dürfte. Ein E-Mail wird in aller Regel an die vom Nutzer angegebene E-Mail Adresse versandt. Sofern sich nicht ein Übertragungsproblem oder sonstige technische Hindernisse ergeben, stehen die entsprechenden Angaben dem Nutzer praktisch unbeschränkt zur Verfügung. Der Nutzer kann diese insbesondere ohne grosse Probleme auch zu einem späteren Zeitpunkt wieder abrufen, sofern er die betreffende E-Mail nicht löscht oder aus anderen Gründen nicht mehr darauf zugreifen kann. Es ist dem Nutzer demnach grundsätzlich unbeschränkt möglich, sich über den Inhalt der versandten Bestellung sowie über die Identität des Anbieters Rechenschaft abzulegen und bei Bedarf diese Angaben zur allfälligen Geltendmachung von Rechten zu verwenden.

[Rz 28] Hinsichtlich einer blossen Bestätigung der Bestellung auf der Webpage ist vorab festzuhalten, dass auch eine solche durch sofortiges Ausdrucken der Bestätigung dauerhaft verfügbar gemacht werden kann. Wenn indessen ein solcher Ausdruck und auch eine Speicherung der Bestätigung auf elektronischem Wege (etwa mittels Abspeicherns der entsprechenden Seite auf einem lokalen Computer) nicht stattfinden, ist es regelmässig schwierig bis unmöglich, den Inhalt der betreffenden Seite später wieder herzustellen. Anders präsentiert sich die Situation indessen, sofern der Kunde etwa mittels eines Benutzerkontos bestellt hat, hinsichtlich welchem er stets auf eine Übersicht der getätigten Transaktionen zugreifen kann. Diesfalls ist es dem Nutzer nämlich in der Regel möglich, die Details der betreffenden Bestellung auch im Nachhinein noch zu überprüfen bzw. nachzuvollziehen. Der oben erwähnte Zweck der Bestätigung erfordert die Möglichkeit des Zugriffs auf die darin enthaltenen Daten für eine gewisse Zeitdauer in der Zukunft. Kann nur im Zeitpunkt der Bestellung selber auf die Daten zugegriffen werden, lässt sich diese Funktion nicht erfüllen, es sei denn, diese würden sofort ausgedruckt oder gespeichert, wovon in der Regel indessen nicht ausgegangen werden kann, weil nicht zwingend jeder Nutzer ein Gerät benutzt, welches die entsprechenden Vorrichtungen verwendet.

[Rz 29] Dementsprechend wird bei einer blossen Bestätigung der Bestellung über die Webpage bzw. die Plattform des Anbieters der Pflicht zur Bestätigung nur dann in genügender Weise nachgekommen, wenn sichergestellt ist, dass der Nutzer zu einem beliebigen späteren Zeitpunkt auf die entsprechenden Daten wieder zugreifen kann. Ist dies nicht der Fall, verfehlt die Bestätigung ihren eigentlichen Zweck zu weiten Teilen, weshalb dann davon auszugehen wäre, dass der Bestätigungspflicht nicht in einer Weise, wie sie den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 4 UWG entspricht, nachgekommen worden ist.

## 2.4. Unklare Elemente in Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG

### 2.4.1. Elektronischer Geschäftsverkehr (Einleitungssatz)

[Rz 30] Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG findet nur auf den elektronischen Geschäftsverkehr Anwendung. Der Gesetzgeber hat es versäumt, zu definieren, was darunter genau zu verstehen ist. Immerhin kann die singuläre Bestimmung von Art. 3 Abs. 2 UWG als Auslegungshilfe dienen. Darin werden nämlich die Sprachtelefonie sowie der Vertragsabschluss via E-Mail und durch vergleichbare Kommunikationsmethoden vom Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG ausdrücklich ausgenommen<sup>38</sup>.

[Rz 31] In erster Linie ist demnach an Websites zu denken, auf welchen ein kommerzieller oder privater Marktteilnehmer Waren, Werke oder Dienstleistungen anbietet. Eine solche Website, über welche der fragliche Vertrag direkt abgeschlossen werden kann, dürfte unter den Begriff des elektronischen Geschäftsverkehrs fallen. Fraglich ist indessen, ob neben entsprechenden Websites auch noch andere Plattformen bzw. Vertriebsmöglichkeiten erfasst sein könnten<sup>39</sup>.

[Rz 32] Bei den sog. App- und Music-Stores handelt es sich um Plattformen, welche von einem bestimmten Betreiber internetbasiert, aber i.d.R. nicht über eine Webpage, sondern ein speziell dafür ausgelegtes Programm betrieben werden<sup>40</sup>. Über dieses Programm bzw. diese Plattform ist es dem Benutzer möglich, einzelne Musikstücke oder ganze Musikalben<sup>41</sup> sowie Computerprogramme<sup>42</sup> etc. zu benutzen oder auf seinen eigenen Computer herunterzuladen. Die Besonderheit besteht darin, dass oft zu Beginn des Benutzungsverhältnisses ein Rahmenvertrag abgeschlossen wird und der Benutzer zu diesem Zeitpunkt auch schon seine Kreditkartenangaben hinterlegt<sup>43</sup>. Der Erwerb der einzelnen Leistungen erfolgt sodann über einen Klick auf das gewünschte Produkt. Das Musikstück oder Programm wird hernach sofort heruntergeladen oder gestartet und der fragliche Betrag umgehend in Rechnung gestellt bzw. der angegebenen Kreditkarte belastet. Der Benutzer seinerseits kann getätigte Transaktionen aus einer Übersicht ansehen und erhält am Ende

<sup>38</sup> Vgl. dazu hinten Rz 40/41.

<sup>39</sup> Bejahend Kut/Stauber (FN 10), Rz 56.

<sup>40</sup> Vgl. zur Kritik an App-Stores: Software einkaufen leicht gemacht, in Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. Januar 2011, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/technik-motor/computer-internet/mac-app-store-software-einkaufen-leicht-gemacht-1574891.html>, besucht am 3. Mai 2012.

<sup>41</sup> Music-Store.

<sup>42</sup> App-Store.

<sup>43</sup> Vgl. etwa die entsprechenden Bestimmungen der Verkaufsbedingungen des iTunes Stores, des Mac App Stores und des iBookstores, Stichwort «ZAHLUNG, STEUERN UND KAUFPREISRÜCKERSTATTUNGEN», abrufbar unter <http://www.apple.com/legal/itunes/chde/terms.html#SERVICE>, besucht am 3. Mai 2012.



einer Abrechnungsperiode eine Zusammenstellung derselben<sup>44</sup>. Ein solches virtuelles «Geschäft» dürfte ebenfalls unter den Begriff des elektronischen Geschäftsverkehrs fallen, weil es sich dabei materiell um die gleiche Art von Angeboten handelt, wie sie auf einer reinen Website vorkommen. Der einzige wesentliche Unterschied besteht darin, dass es sich bei diesen Systemen in der Regel um eine geschlossene und besonders aufbereitete Plattform handelt.

[Rz 33] Eine weitere Sonderkategorie stellen die sog. In-App-Purchases dar. Dabei handelt es sich um Transaktionen, welche der Benutzer vornehmen kann, während er ein bestimmtes Programm verwendet<sup>45</sup>. Ein solcher In-App-Purchase vermag in zwei grundsätzlichen Formen vorzukommen. Einerseits kann mit einem solchen In-App-Purchase ein tatsächliches Produkt bzw. eine tatsächliche Dienstleistung erworben werden, welche dem Benutzer sodann ausserhalb des betreffenden Programmes zur Verfügung steht<sup>46</sup>. In diesem Fall lässt sich das Programm als solches wiederum als Plattform im obigen Sinne ansehen, über welche unabhängige Leistungen erworben werden können. Dementsprechend kommen, wie bereits ausgeführt<sup>47</sup>, die Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG auch auf diese Art von Systemen zur Anwendung. Andererseits existieren aber auch Möglichkeiten von In-App-Purchases, welche keinen Gegenwert ausserhalb des betroffenen Programmes abbilden. Solche können etwa vorkommen in der Form von Upgrades<sup>48</sup> oder aber sonstiger Besserstellung im Rahmen des Programmes<sup>49</sup>. Die Besonderheit hierbei ist, dass die erworbenen Leistungen einzig im Rahmen des verwendeten Programmes verwendet werden können, also von diesem abhängig sind. Indessen stellt auch diese Art der Transaktion elektronischen Geschäftsverkehr dar, weil trotz des limitierten Benutzungszwecks der erworbenen Leistung diese grundsätzlich einer solchen, welche über eine Website angeboten wird, gleichsteht.

#### 2.4.2. Hinweis auf Schritte zu Vertragsabschluss (Ziff. 2)

[Rz 34] Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 2 UWG verpflichtet den Anbieter, den Benutzer auf die einzelnen Schritte hinzuweisen, die zu einem Vertragsabschluss führen. Eine entsprechende Bestimmung findet sich auch in der E-Commerce-Richtlinie

wieder<sup>50</sup>. Sinn dieser Vorschrift ist es, dass sich der Benutzer ständig im Klaren ist, welche Schritte er schon ausgeführt hat, und was noch zu tun ist, bis die Bestellung verbindlich abgeschickt wird. Dieser Hinweis geschieht oft auf dem Weg eines Flussdiagrammes, bei welchem alle wesentlichen Schritte dargestellt sind und derjenige, welchen der Kunde zu diesem Zeitpunkt gerade ausführt, hervorgehoben ist. Denkbar sind indessen auch andere Darstellungen. Zu fordern ist einzig, dass der Benutzer sich ohne Umwege, d.h. auf der jeweiligen Seite, auf welcher er sich befindet, sich sofort Rechenschaft darüber ablegen kann, wie weit er im Bestellvorgang schon fortgeschritten ist.

[Rz 35] Der Gesetzestext des UWG<sup>51</sup> spricht von denjenigen technischen Schritten, welche zu einem Vertragsabschluss führen. Unklar in diesem Zusammenhang sind zwei Umstände. Einerseits wird kritisiert, dass es für den Nutzer in der Regel keine Rolle spiele, welche technischen Schritte notwendig seien, sondern es für ihn von grösserer bzw. in der Regel wohl alleiniger Bedeutung sei, in welchem rechtlichen Stadium er sich befinde, d.h. namentlich, ob er schon einen rechtsgültigen Antrag getätigt habe oder nicht. Andererseits stellt sich auch die Frage, inwiefern diese Bestimmung anwendbar ist, wenn am Schluss des Vorganges gar kein Vertragsabschluss, sondern allenfalls bloss ein Antrag zu einem solchen besteht.

[Rz 36] Das Abstellen des Gesetzeswortlauts auf die Schritte zum Vertragsabschluss wird als an der Sache vorbeigehend kritisiert, da sich der Kunde nicht für die technischen Schritte, sondern nur für die sichtbaren Elemente interessiere<sup>52</sup>. Dieser Ansicht kann indessen nur zum Teil gefolgt werden. In der Tat dürfte es den durchschnittlichen Nutzer nur in bescheidenem Ausmasse interessieren, welche technischen, ihm eventuell gar nicht verständlichen Schritte eine bestimmte Handlung nun genau auslöst. Mit den technischen Schritten kann wohl nicht gemeint sein, dass die sich im Hintergrund abspielende Technik (etwa die Verifizierung einer Kreditkartenangabe oder die Überprüfung der Lagerbestände bei einem Online-Kauf) für den Betroffenen sichtbar gemacht werden müssen. Soweit die technischen Schritte indessen seinen Weg zur Absendung der Bestellung betreffen, müssen sie dem Nutzer vor Augen geführt werden. Dies bedeutet, dass ihm, entgegen anderer Ansicht<sup>53</sup>, nicht bloss die Abgabe der Willenserklärung oder die Stellung eines Antrages als solcher anzuzeigen ist, sondern eben auch schon vorgelagerte, ihn betreffende technische Schritte, wie etwa die Erfassung der Liefermodalitäten, die Auswahl des Zahlungsmittels etc., sowie dass diese Schritte dem Nutzer auch klar als solche kommuniziert werden. Der Begriff der technischen Schritte

<sup>44</sup> Verkaufsbedingungen des iTunes Stores, des Mac App Stores und des iBookstores, a.a.O.

<sup>45</sup> Vgl. etwa die Definition des In-App-Kaufes in den Verkaufsbedingungen des iTunes Stores, des Mac App Stores und des iBookstores (FN 43), Stichwort «IN-APP KÄUFE».

<sup>46</sup> Etwa bei einem Programm, welches Online-Shopping ermöglicht.

<sup>47</sup> Vgl. vorne Rz 30.

<sup>48</sup> Das Grund-Programm wurde diesfalls schon erworben (unentgeltlich oder gegen Entgelt); für spezifische Zusatzfunktionen muss aber ein zusätzliches Entgelt entrichtet werden, wobei der Erwerb dieser Zusatzfunktionen direkt durch einen Klick innerhalb des Programmes möglich ist.

<sup>49</sup> Etwa indem im Rahmen eines Spieles zusätzliche Munition, Währung oder ähnliches erworben wird.

<sup>50</sup> Art. 10 (1) lit. a der E-Commerce-Richtlinie (FN 1).

<sup>51</sup> In diesem Sinne gleichlautend mit Art. 10 (1) lit. a der E-Commerce-Richtlinie (vgl. FN 1).

<sup>52</sup> Kut/Stauber (FN 10), Rz. 69.

<sup>53</sup> Kut/Stauber (FN 10), a.a.O.

kann demnach weder in einem rein wörtlichen Sinne verstanden, noch von seiner Bedeutung völlig losgelöst betrachtet werden.

[Rz 37] Hinsichtlich der Information über die notwendigen Schritte im Hinblick auf den Vertragsabschluss ist vorab zu bemerken, dass nicht am Ende eines jeden Bestellvorganges ein eigentlicher Vertragsabschluss stehen muss. Freilich ist der Abschluss eines Vertrages in der Regel das Ziel beider Beteiligten; indessen kann es, wie erwähnt, durchaus vorkommen, dass am Ende des Bestellvorganges durch den Kunden ein blosser Antrag steht, in welchem sich der Anbieter die Zustimmung zum Vertragsabschluss vorbehält<sup>54</sup>. In einem solchen Fall geht es nicht bloss um die einzelnen Schritte bis zu einem Vertragsabschluss, sondern es müssen auch die Schritte, welche zu einem blossen Versenden eines Antrages im Sinne von Art. 3 OR führen, erfasst sein. Dies namentlich auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Betroffene ja an seinen einmal gestellten Antrag im Grundsatz gebunden ist<sup>55</sup>.

[Rz 38] Eine besondere Unsicherheit im Hinblick auf das Erfordernis, den Kunden auf die einzelnen Schritte bis zu einem Vertragsabschluss oder mindestens bis zu einer Absendung einer Bestellung hinzuweisen, ergeben sich bei den erwähnten In-App-Purchases<sup>56</sup>. Regelmässig ist es dort nämlich eben gerade nicht der Fall, dass der Kunde durch ein ganzes System von Webseiten, auf welchen er je einzeln die Leistung, die Versandart, die Bezahlung etc. auswählen kann, geführt wird, sondern er vermag mit einem oder wenigen Klicks eine entsprechende Leistung zu beziehen. Damit dem Erfordernis der Information über die einzelnen Schritte Genüge getan ist, erscheint es in einem solchen Fall als ausreichend, dass der Kunde nach einem Anklicken der entsprechenden Option unter Angabe des ihm dafür in Rechnung gestellten Betrages bestätigen muss, dass er die entsprechende Leistung tatsächlich beziehen will<sup>57</sup>. Das Erfordernis der einzelnen Schritte zum Vertragsabschluss bzw. zur Absendung der Bestellung kann nämlich im Rahmen eines Bezuges einer programm-internen Leistung kaum einschränkende Wirkung entfalten. Es reicht regelmässig ein einziger Schritt zum Vertragsabschluss bzw. einer entsprechenden Bestellung, weil die notwendigen Zahlungsinformationen schon vor Abgabe dieser Bestellung hinterlegt wurden und auf diese in der Regel automatisch zugegriffen werden kann. Immerhin ist zu fordern, dass sich der Kunde Rechenschaft darüber abzulegen vermag, in welchem Moment und zu

welchen Konditionen er die Bestellung unwiderruflich abgibt. Dementsprechend ist er auch vor dem versehentlichen Anklicken der entsprechenden Bestellungs-Buttons zu schützen. Deshalb ist von ihm eine Bestätigung der Bestellung durch Bejahung einer entsprechenden elektronischen Rückfrage zu verlangen, womit in der Regel dem Erfordernis der Information über die einzelnen Schritte zu einem Vertragsabschluss genügt wird. Der Kunde kann sich nämlich in diesem Verfahren ständig darüber im Klaren sein, ob und inwiefern er schon eine Bestellung getätigt hat, bzw. was noch dafür nötig ist. Eine graphische Darstellung der einzelnen Schritte, wie bei einer Bestellung über eine Webseite, kann indessen bei einer In-App-Purchase nicht gefordert werden; in der Regel sind nämlich bloss zwei Schritte, die Bestellung an sich und deren Bestätigung, nötig, um einen Vertrag abzuschliessen oder einen entsprechenden Antrag abzugeben, was eine verwirliche Situation für den Kunden und damit die Rechtfertigung für die Sichtbarmachung der einzelnen Schritte praktisch ausschliesst.

#### 2.4.3. Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern vor Abgabe der Bestellung (Ziff. 3)

[Rz 39] Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG auferlegt dem Anbieter, eine Möglichkeit zu schaffen, dass ein Eingabefehler vor Abgabe der Bestellung erkannt und korrigiert werden kann. Damit ein solcher Fehler an sich erkannt werden kann, ist es nötig, dass der Benutzer vor dem unwiderruflichen Versenden der Bestellung eine Übersicht über die von ihm beabsichtigte Bestellung vor sich sehen kann. Diese Übersicht hat alle wesentlichen Vertragspunkte aufzuführen, namentlich also die bestellten Waren, Werke oder Leistungen sowie den dafür zu entrichtenden Preis. Weiter sind auch die Lieferadresse (bei Bestellung körperlicher Ware), die Versandkosten und deren Tragung sowie allfällige weitere für den Besteller wesentliche Punkte<sup>58</sup> anzugeben. Zweck der Übersicht muss sein, dass der Betroffene innert kurzer Zeit und in zumutbarer Weise Rechenschaft darüber ablegen kann, ob er die Bestellung zu den statuierten Konditionen tätigen und demnach mutmasslich einen entsprechenden Vertrag eingehen wollte oder nicht. In diesem Sinne informiert, steht dem Betroffenen die Wahl offen, die Bestellung abzusenden oder dies nicht zu tun.

[Rz 40] Im Bereiche der E-Commerce-Richtlinie besteht eine gleichlautende Pflicht zur Einräumung einer Möglichkeit der Erkennung und Korrektur fehlerhafter, aber noch nicht abgesandter Bestellungen<sup>59</sup>.

[Rz 41] Fraglich ist, ob dem Benutzer die Möglichkeit eingeräumt werden muss, eine bestehende, aber noch nicht versandte Bestellung zu korrigieren, also einzelne oder auch alle

<sup>54</sup> Etwa im Fall, dass das Zustandekommen des Vertrages von der nicht verifizierten Verfügbarkeit eines Produktes oder einer Leistung abhängt.

<sup>55</sup> Art. 3 ff. OR.

<sup>56</sup> Zum Begriff dieser Kategorie vgl. vorne Rz 31.

<sup>57</sup> Vgl. dazu auch die Verkaufsbedingungen des iTunes Stores, des Mac App Stores und des iBookstores (FN 43), Stichwort: «IN-APP KÄUFE», welche diesbezüglich nicht eine blosser Bestätigung, sondern eine gesonderte Authentifizierung mittels Eingabe eines Passwortes verlangen.

<sup>58</sup> Regelmässig können solche Spezialwünsche über ein separates Eingabefeld vermerkt werden.

<sup>59</sup> Art. 11 (2) der E-Commerce-Richtlinie (FN 1).

Punkte derselben zu verändern, oder ob der Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG Genüge getan ist, wenn der Betroffene die Wahl hat, die Bestellung *in globo* zu verwerfen oder abzusenden. Obwohl diese letzte Option offenbar zum Teil als genügend betrachtet wird<sup>60</sup>, erscheint es als unausgewogen, wenn der Betroffene nur die Wahl hat, die Bestellung in ihrer Gesamtheit zu bestätigen oder zu verwerfen. Das UWG, wie auch die EU-Richtlinie, sprechen beide von der Notwendigkeit der Möglichkeit einer Korrektur. Unter Korrektur wird indessen in der Regel im allgemeinen Sprachgebrauch nicht bloss das Verwerfen des gesamten bisherigen Vorganges, sondern gerade das Gegenteil, nämlich die Abänderung gewisser Aspekte eines bisherigen Ergebnisses unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung desselben, verstanden. Dass die einzelnen Abänderungen faktisch derart weit zu gehen vermögen, dass sich von einer Aufrechterhaltung des bisherigen Vertrages nur noch beschränkt ausgehen lässt kann keine Rolle spielen. Es vermag nicht zu genügen, dass die Bestellung bloss an sich abgebrochen, bzw. verworfen werden darf, sondern es muss eine Möglichkeit zur punktuellen Abänderung vorgesehen werden. Wenngleich im Resultat die Neuauflage einer Bestellung die gleichen Wirkungen hat wie die Abänderung einer schon bestehenden Bestellung, ist aus Rücksicht auf den Wortlaut der Bestimmung, aber auch in Hinblick auf den Umstand, dass solche Massnahmen für den Anbieter in der Regel kaum grosse Beeinträchtigungen darstellen dürften, die blosse Möglichkeit des Abbruchs der Bestellung ohne Möglichkeit der Abänderung derselben als den Anforderungen von Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG nicht entsprechend zu betrachten.

#### 2.4.4. Ausschluss der Anwendbarkeit auf individuell ausgehandelte Verträge

[Rz 42] Art. 3 Abs. 2 UWG statuiert ausdrücklich eine erhebliche Einschränkung hinsichtlich der vorgenannten Verpflichtungen eines erfassten Anbieters; ein Vertragsabschluss, der auf individueller Kommunikation beruht, löst die Pflichten gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG nicht aus. Das Gesetz spricht von der Sprachtelefonie, dem Austausch elektronischer Post oder vergleichbarer individueller Kommunikation. Damit dürften im Wesentlichen Abschlussarten gemeint sein, welche in vergleichbarer Weise einer individuellen Vereinbarung den Betroffenen zugänglich sind wie etwa Instant-Messaging-Dienste, die Bestellung von Leistungen über SMS oder Ähnliches. Zentrales Abgrenzungskriterium dürfte dabei nicht das individuelle Aushandeln des Vertragsinhaltes zwischen den Beteiligten darstellen. Ein solches Aushandeln liegt nämlich in den wohl meisten Fällen auch bei einem Abschluss der erwähnten Art nicht vor. Zu denken ist etwa an die Bestellung einer Leistung über SMS: Wirklich Raum für eine individuelle Vereinbarung besteht nämlich hier kaum, es handelt sich für den Nutzer in der Regel um eine *take it or leave it*-Situation,

bei welcher er entweder die Leistung in der angebotenen Art und unter diesen Bedingungen bestellen oder es eben nur sein lassen kann.

[Rz 43] Ein taugliches Kriterium zur Abgrenzung der Kommunikationsarten nach Art. 3 Abs. 2 UWG von denjenigen gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. s Ziff. 3 UWG dürfte darin liegen, dass eine individuelle Kommunikation stattfindet, welche nicht über die Website oder Plattform des Anbieters, sondern über einen dritten Kommunikationskanal abläuft. Bei solchen Vertragsverhandlungen bzw. Bestellungen wäre die Einhaltung der entsprechenden Transparenzpflichten kaum je möglich. Ob diese individuelle Kommunikation von beiden Seiten her durch einen Menschen oder allenfalls namentlich von der Seite des Anbieters her von einer Maschine durchgeführt wird, kann im Resultat keine Relevanz haben. Wichtig erscheint, dass eine von der Website bzw. Plattform des Anbieters losgelöste Kommunikation stattfindet, in deren Gefolge sodann die Möglichkeit der Abgabe einer Bestellung für die fraglichen Leistungen im Raume steht. Wie bereits erwähnt, erscheint der Ausschluss dieser Arten der Kommunikation als sachlogisch, da es kaum zumutbar wäre, bei sämtlichen solchen Verhandlungen stets vor dem Vertragsabschluss die entsprechenden Daten zu liefern, bzw. dies ein nicht unerhebliches Hemmnis des Online-Handels bedeuten würde.

## 2.5. Rechtsfolgen

[Rz 44] Wie schon eingangs erwähnt, ist die Formulierung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG darauf ausgerichtet, dass derjenige Anbieter, welcher die entsprechenden Vorkehren trifft, keine unlauteren Handlungen vollzieht, während derjenige, der dies nicht tut, unlauter handelt. Für Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG sind keine spezifischen Rechtsfolgen im UWG vorgesehen. Dementsprechend kommen auf einen Anbieter, welcher die fraglichen Angaben nicht liefert, die allgemeinen Sanktionen des Lauterkeitsrechts gemäss Art. 23 UWG, d.h. die Sanktion von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, zur Anwendung.

[Rz 45] Unklar ist das Verhältnis der sich aus Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG ergebenden Pflichten bzw. dem Fall, dass diese nicht eingehalten werden, und der zivilrechtlichen Gültigkeit eines dennoch abgeschlossenen Vertrages. Art. 20 Abs. 1 OR bezeichnet einen Vertrag, welcher einen widerrechtlichen Inhalt hat, als nichtig. Werden die Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG nicht vollständig erfüllt, ist indessen nicht der Vertrag, sondern primär dessen Zustandekommen bzw. der Weg zum Abschluss desselben problematisch. Auch die Widerrechtlichkeit des Abschlusses eines Vertrages kann indessen zur Widerrechtlichkeit des Vertrages und damit zu dessen Nichtigkeit führen<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Kut/Stauber (FN 10), Rz 70.

<sup>61</sup> Claire Huguenin, in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wie-gand, Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 5. Aufl., Basel 2011, Art. 19/20, N 17; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/

[Rz 46] Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG berührt aber das Zustandekommen bzw. den Abschluss des fraglichen Vertrages nur derart am Rande, dass bei einem Verstoss gegen diese Vorschrift eine Nichtigkeit des entsprechenden Vertrages in der Regel nicht angenommen werden sollte. Die Nichtigkeit als schwerer Eingriff in die Vertragsfreiheit der Rechtsunterworfenen greift in den Grundsatz, dass geschlossene Verträge zu halten sind, ein, weshalb eine restriktive Anwendung geboten ist. Die Vorschriften von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG bezwecken, dem Betroffenen ein zusätzliches Instrumentarium zur Transparenz über die Identität seines Vertragspartners sowie des Gegenstandes des fraglichen Vertrages in die Hände zu geben. Selbst wenn diese Transparenz fehlt, bedeutet dies nicht, dass diesem Vertrag ein derart schwerer Mangel innewohnt, dass er als nichtig zu betrachten wäre. Dies würde namentlich unter Berücksichtigung der nach wie vor bestehenden mannigfaltigen Unklarheiten im Zusammenhang mit dieser Bestimmung zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen und auch dem Grundsatz *pacta sunt servanda* widersprechen<sup>62</sup>. Dementsprechend sollte, auch wenn der Vorschrift von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG nicht nachgelebt wird, ein entsprechender Vertrag nicht als nichtig qualifiziert werden<sup>63</sup>.

[Rz 47] Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit eines Betroffenen, mit Bezug auf einen entsprechend abgeschlossenen Vertrag Willensmängel geltend zu machen. Dies kann sich selbstredend gerade auch aus der versäumten Informationspflicht ergeben, falls etwa ein Nutzer über die Identität des Anbieters getäuscht wird, wenngleich er die entsprechende Bestellung wesentlich von der Person desselben abhängig gemacht hat. Die Nichteinhaltung der Transparenzvorschriften dürfte daher zwar auf der einen Seite keine zusätzlichen Möglichkeiten zur Anfechtung eines entsprechenden Vertrages wegen Willensmängeln schaffen. Auf der anderen Seite aber dürfte die Beobachtung der Transparenzvorschriften helfen, Willensmängel zu vermeiden, indem eine klare Ausgangslage mindestens über gewisse Aspekte des Vertrages geschaffen wird.

## 2.6. Zusammenfassende Beurteilung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG

[Rz 48] Wenngleich viele der durch Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG statuierten Pflichten der Anbieter gerade im Hinblick auf das Postulat der Transparenz im Geschäftsverkehr als begrüssenswert erscheinen und diese auch für viele seriöse Online-Plattformen bisher schon als Standard galten, macht

die neue Bestimmung den Eindruck eines Flickwerkes. Einerseits sind zwar zentrale Aspekte angesprochen und es dürfte mit einer Verbesserung der Qualität von entsprechenden Plattformen zu rechnen sein, andererseits bleiben wesentliche Belange weiterhin ausgeklammert. So ist gerade im Hinblick auf Online-Verträge die AGB-Problematik noch nicht befriedigend gelöst, weil die meisten Besteller sie achtlos akzeptieren und sich dadurch regelmässig allenfalls unerwünschten und insbesondere ungewollten Rechtswirkungen aussetzen. Zudem gibt es nach wie vor keine Regelung, die den Anbieter verpflichten würde, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen<sup>64</sup> und weitere Grundlagen des Vertragsabschlusses leicht zugänglich zu machen<sup>65</sup>. Wesentlich wäre überdies eine Vorschrift, welche die Möglichkeit einräumt, die anwendbaren AGB während der ganzen Vertragslaufzeit abrufen zu können, und zwar gerade im Hinblick auf die allfällige Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag. Insoweit wäre der Gesetzgeber gefordert, gewisse Sicherheitsvorkehrungen vorzusehen, welche gewährleisten, dass der Nutzer vom wesentlichen Inhalt derselben Kenntnis nehmen kann<sup>66</sup>. Des Weiteren fällt auf, dass wesentliche Teile der Bestimmung vom EU-Recht übernommen wurden, ohne dass das entsprechende Gesamtkonzept Eingang in die hiesige Rechtsordnung gefunden hätte. Die Statuierung einer Bestätigungspflicht, welche durch spürbare Strafen sanktionierbar ist, ohne dass eine solche Bestätigung mit Blick auf einen möglichen Widerruf von Nutzen sein kann, bleibt eine bloss halbwegs gelungene Vorschrift, selbst wenn es begrüssenswert ist, dass der Nutzer eine entsprechende Bestätigung erhält, die ihm auf einen Blick eine Übersicht über die abgesandte Bestellung bietet. Seltsam mutet indessen an, dass eine entsprechende Bestätigungspflicht sich sonst im Privatrecht kaum findet<sup>67</sup>, bei Online-Verträgen aber mit einer strafrechtlichen Sanktion im Falle der Widerhandlung belegt ist.

## 3. Problematik der fragmentarischen Gesetzgebung

### 3.1. Fehlen eines kohärenten Konzepts

[Rz 49] Die Gesetzgebung im Bereich des E-Commerce zeichnet sich dadurch aus, dass bruchstückhaft gewisse

Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 640.

<sup>62</sup> Rolf H. Weber, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Vorbemerkungen zu Art. 97-109, N 15.

<sup>63</sup> Im Ergebnis ebenso Kut/Stauber (FN 10), Rz 75.

<sup>64</sup> Relevant kann dieser Umstand hinsichtlich der Frage der sog. Übernahme der AGB sein.

<sup>65</sup> So aber etwa in Deutschland: § 312g (1), Nummer 2 BGB.

<sup>66</sup> Die EU-Richtlinie verlangt immerhin, dass der Besteller darüber aufzuklären ist, ob der entsprechende Vertragstext auch nach dem Vertragsabschluss noch zugänglich sein wird, was dem Kunden die Entscheidung erlaubt, entweder die jeweiligen Texte selber zu speichern oder dies zu unterlassen (vgl. Art. 10 (1) lit. b der E-Commerce-Richtlinie (FN 1); dazu auch hinten Rz 53/54).

<sup>67</sup> Abgesehen von einer ähnlichen, wenngleich nicht deckungsgleichen Informationspflicht des Anbieters bei Haustürgeschäften nach Art. 40d OR.

Rechtsfragen geregelt werden, wenn sich ein dringender Handlungsbedarf (z.B. elektronische Unterschrift im Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur<sup>68</sup>) oder eine gute Gelegenheit im Kontext eines grösseren regulatorischen Paketes (z.B. UWG-Revision) ergibt, hingegen ein bereichsübergreifender legislatorischer Ansatz zur Erfassung des E-Commerce fehlt. Eine solche Vorgehensweise vermag nicht zu einer kohärenten Gesetzeslage zu führen; insbesondere eröffnen sich Rechtsunsicherheiten und Lücken.

[Rz 50] Die am stärksten ins Gewicht fallende Lücke betrifft den Mangel einer Regelung für sog. «Distanzgeschäfte». Das in der EU schon mit der Richtlinie 97/7<sup>69</sup>, ergänzt durch Richtlinie 2002/65<sup>70</sup>, geregelte Fernabsatzrecht, das Informationspflichten und ein Widerrufsrecht bei Distanzgeschäften vorsieht, harrt in der Schweiz weiterhin der gesetzgeberischen Erfassung. Die Schweiz kennt lediglich die Regelung für die Haustürgeschäfte (Art. 40a OR); der Versuch, diese Normierung auf die Distanzgeschäfte im Rahmen eines Bundesgesetzes zum elektronischen Geschäftsverkehr zu erweitern, ist gescheitert<sup>71</sup>. Damit fehlt aber ein wesentliches Element in einer kohärenten E-Commerce-Gesetzgebung<sup>72</sup>.

[Rz 51] Ebenfalls weiterhin ungeregelt geblieben ist die Haftung der Internet Service Provider. Zwar scheinen die Rechtsprobleme in der Schweizer Praxis nicht sehr virulent geworden zu sein, weil die ISP gewisse, privat ausgehandelte Verhaltenskodizes beachten<sup>73</sup>, doch bleibt die Frage im Raum stehen, ob nicht eine der E-Commerce-Richtlinie der EU entsprechende Regulierung (Art. 12-15 der Richtlinie) ins Auge gefasst werden sollte.

### 3.2. Keine Koordination mit der EU-Rechtsentwicklung

[Rz 52] Die EU-Rechtsentwicklung im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs bleibt nicht stehen. Gerade bei nicht ortsgebundenen Geschäften über das Internet ist deshalb die Rechtsharmonisierung von besonderer Bedeutung. Mit der Richtlinie 2011/83 über die Rechte der Verbraucher erfasst die Europäische Union erstmalig in ihrer

Gesetzgebungsgeschichte ausdrücklich die digitalen Inhalte<sup>74</sup>. Ein ähnlicher Ansatz findet sich auch im Verordnungsentwurf zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKVO-E), der mit Bezug auf die kaufrechtliche Behandlung der «Bereitstellung digitaler Inhalte» für den Fall, dass die Vertragsparteien dieses Regelwerk optional als «applicable law» wählen, Sondervorschriften vorschlägt<sup>75</sup>. Diese beiden Regelwerke sind bei der Schaffung von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG unbeachtet geblieben; erklärbar, wenn auch nicht legitimierbar ist diese Tatsache durch die Entstehungsgeschichte, hat doch das Parlament die laufende UWG-Revision durch einen späten Schnellschuss aus der Hüfte ohne genauere weiterführende Abklärungen ergänzt<sup>76</sup>.

[Rz 53] Zu den digitalen Inhalten gehören gemäss der Richtlinie 2011/83 Computerprogramme, Spiele, Wort- und Musikdateien, Werbebotschaften und sonstige Informationen, die über das Internet in digitaler Form angeboten und vertrieben werden<sup>77</sup>. Der Entwurf zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht umschreibt die digitalen Inhalte als Video-, Audio-, Bild- oder schriftliche Inhalte, digitale Spiele, Software und digitale Inhalte, die eine Personalisierung bestehender Hardware oder Software ermöglichen<sup>78</sup>. Im Wesentlichen zielen die neuen Rechtsdokumente der EU darauf ab, die digitalen Güter den physischen Gütern gleichzustellen<sup>79</sup>.

[Rz 54] Die Richtlinie zum Fernabsatz von digitalen Inhalten spricht aus der Sicht des Verbraucherschutzes zwei wesentliche Regelungsbereiche an, nämlich die Informationspflichten<sup>80</sup> und das Widerrufsrecht<sup>81</sup>.

[Rz 55] Mit Bezug auf die Informationspflichten, die teilweise als *essentialia negotii* der Geschäftsabwicklung gelten, lassen sich folgende Unterschiede zwischen der Norm von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG und Art. 5, 10 und 11 der Richtlinie 2011/83 feststellen: Art. 5 der Richtlinie erfasst neben den Angaben zu Identität und Kontaktadresse des Anbieters ebenfalls die allfällige Registerbehörde und die Registernummer<sup>82</sup> sowie, wenn es sich bei der angebotenen Leistung um eine solche handelt, welche von einer Aufsichtsbehörde überprüft wird, die Angaben zur zuständigen Aufsichtsbehörde.

<sup>68</sup> Vgl. die Nachweise vorne in FN 4.

<sup>69</sup> Richtlinie 1997/7 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl 1997 L 144/19 vom 4. Juni 1997.

<sup>70</sup> Richtlinie 2002/65 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl 2002 L 271/16 vom 9. Oktober 2002.

<sup>71</sup> Vgl. die Ausführungen vorne Rz 2.

<sup>72</sup> Zu den Ungereimtheiten gerade hinsichtlich der Bestätigungspflicht vgl. auch Ziff. 2.3.3. (insb. Rz 24).

<sup>73</sup> Wenngleich in der Schweiz eine mit der Rechtslage in der EU vergleichbare Pflicht zur Information über entsprechende Kodizes fehlt (vgl. Art. 10 (2) der E-Commerce Richtlinie [FN 1]).

<sup>74</sup> Richtlinie 2011/83 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl 2011 L 304/64 vom 22. November 2011.

<sup>75</sup> KOM(2011) 635 endg. vom 11. Oktober 2011.

<sup>76</sup> Vgl. die Ausführungen vorne Rz 9.

<sup>77</sup> Richtlinie 2011/83 (FN 74), Erwägungsgrund 19.

<sup>78</sup> Art. 2 lit. j GEKVO-E.

<sup>79</sup> Michael Lehmann, E-Commerce in der EU und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, CR 2012, 261, 262.

<sup>80</sup> Vgl. dazu Weber (FN 3), 360 f.

<sup>81</sup> Vgl. dazu Weber (FN 3), 362 f.

<sup>82</sup> Dabei dürfte es sich um ein mit der in der Schweiz seit neuerer Zeit Verbreitung findenden Unternehmens-Identifikationsnummer (vgl. Art. 936a OR sowie das Bundesgesetz über die Unternehmens-Identifikationsnummer vom 18. Juni 2010) vergleichbares Identifikationsmerkmal handeln.

Zusätzlich sind bei sog. reglementierten Berufen<sup>83</sup> weitere Angaben, wie etwa die verliehene Berufsbezeichnung sowie der zuständige Berufsverband, zu machen. Diesbezüglich gehen also die durch das EU-Recht statuierten Informationspflichten wesentlich weiter als diejenigen, welche durch das UWG vorgesehen sind. Art. 10 der Richtlinie 2011/83 legt, wie schon angedeutet, ebenfalls weitergehendere Informationspflichten fest, als sie im UWG verankert sind. Während das UWG bloss den Hinweis auf die technischen Schritte, die zum Vertragsabschluss führen<sup>84</sup>, sowie die Bereitstellung von Mitteln zur rechtzeitigen Korrektur einer Bestellung<sup>85</sup> anordnet, schreibt Art. 10 der Richtlinie verbindliche Angaben hinsichtlich der Verfügbarkeit des Vertragstextes sowie eine Angabe der für den Vertragsabschluss verfügbaren Sprachen vor. Hinsichtlich der Bestätigungspflicht des Anbieters nach eingegangener Bestellung<sup>86</sup> enthält die Richtlinie in Art. 11 eine sachgleiche Vorschrift wie das UWG.

[Rz 56] Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass hinsichtlich der Verfügbarmachung des Vertragstextes sowie der Angaben der für den Vertragsabschluss zur Verfügung stehenden Sprachen die schweizerische Regelung hinter derjenigen der EU zurückbleibt<sup>87</sup>. Gerade im Hinblick auf die Mehrsprachigkeit der Schweiz erscheint der letztere Punkt als bedauernswert, obwohl ein Anbieter in aller Regel daran interessiert sein dürfte, sein Angebot in den verschiedenen gebräuchlichen Landessprachen und in Englisch zu präsentieren, weil er damit tendenziell mehr Kunden erreichen kann, welche sein Angebot ansonsten nicht nutzen würden.

[Rz 57] Ein besonderer Regelungsbedarf ergibt sich mit Blick auf das Widerrufsrecht derjenigen digitalen Inhalte, die nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt werden. Grund dafür ist die Tatsache, dass digitale Inhalte unmittelbar konsumiert und auch kopiert werden können; ein Widerruf nach dem Konsum bzw. dem Kopiervorgang wäre deshalb nicht sachgerecht. Die neue Richtlinie 2011/83 löst diese Problematik wie folgt:

[Rz 58] Art. 9 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2011/83 eröffnet dem Verbraucher grundsätzlich ein Widerrufsrecht mit einer Frist von 14 Tagen, die sich sogar auf 12 Monate verlängert, wenn der Anbieter nicht ausdrücklich auf das Widerrufsrecht hinweist (Art. 10 der Richtlinie). Das Widerrufsrecht entfällt hingegen, wenn die Bereitstellung der Leistung mit «vorheriger ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers und nach seiner Kenntnisnahme» begonnen hat (Art. 16 lit. m der Richtlinie). Diese Regelung soll Missbräuche verhindern, die

dadurch entstehen können, dass der Verbraucher die digitalen Inhalte sich «probeweise» liefern lässt, diese bei sich vervielfältigt bzw. abspeichert und dann den Widerruf erklärt<sup>88</sup>. Diese Ausschlussmöglichkeit erlaubt die in der Praxis oft gewünschte sofortige Online-Überlassung digitaler Inhalte (z.B. Software oder digitale Multimediaprodukte), ohne dass die Gefahr eines illegalen Downloads bei einem weiterlaufenden Widerrufsrecht zu befürchten ist. Eine ähnliche Regelung ist ebenso im Entwurf zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht vorgesehen (Art. 40 Abs. 3 lit. d GEKVO-E); mit einer sog. «Button-Lösung» ist indessen den Hinweis- und Belehrungspflichten Genüge zu tun.

[Rz 59] Übt der Verbraucher das Widerrufsrecht gemäss den gesetzlichen Vorgaben aus, trägt er nur die unmittelbaren Kosten der Rücksendung von «digitalen Inhalten», die regelmässig vernachlässigbar sein dürften, wenn nicht besondere Telekommunikationskosten zu begleichen sind. Auch der Ersatz eines möglichen Wertverlusts dürfte bei online gelieferten digitalen Inhalten nicht wahrscheinlich sein<sup>89</sup>. Der Anbieter hat einen allenfalls schon bezahlten Kaufpreis zurückzuerstatten, Zug um Zug gegen die ordnungsgemässe Rücklieferung der «digitalen Inhalte».

### 3.3. Sachlogisch richtige Einbettung ins Lauterkeitsrecht?

[Rz 60] Wie erwähnt finden sich die (gegebenenfalls neben dem Datenschutzrecht) wichtigsten Regelungen zum E-Commerce nun im Lauterkeitsrecht. Die Bestimmungen des UWG sind vorab Verhaltensvorschriften, d.h. Konkretisierungen der allgemeinen ethischen Verhaltensnorm «du sollst nicht ... wie»<sup>90</sup>. Basis des Lauterkeitsrechts bildet dabei ein wettbewerbsorientiertes Referenzmodell, d.h. die genuine Funktion des UWG besteht darin, die Institution Wettbewerb zu gewährleisten<sup>91</sup>.

[Rz 61] Die Regelungsbedürfnisse im Kontext des E-Commerce sind aber nicht identisch mit den Zielvorstellungen des Lauterkeitsrechts: Das UWG will vorab den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten sichern<sup>92</sup>. Die Statuierung ausdrücklich verpönter Verhaltensweisen, wie etwa täuschendes Verhalten oder Geschäftsgebaren, dient denn auch diesem Zweck. Vereinfacht könnte man die Zielsetzung so beschreiben, dass den «schwarzen Schafen» das Handwerk gelegt werden solle. Diese Zielsetzung mag erklären, weshalb das UWG greifbare Strafen vorsieht. Gerade diese Zielsetzung tritt indessen bei der Statuierung der besprochenen Regeln wesentlich in den

<sup>83</sup> Zur Definition dieses Begriffes vgl. die Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen (89/48/EWG).

<sup>84</sup> Vgl. dazu vorne Rz 32 ff.

<sup>85</sup> Vgl. dazu vorne Rz 37 ff.

<sup>86</sup> Vgl. dazu vorne Rz 23 ff.

<sup>87</sup> Vgl. auch vorne Rz 46.

<sup>88</sup> Lehmann (FN 79), 263.

<sup>89</sup> Lehmann (FN 79), 264.

<sup>90</sup> Vgl. Rolf H. Weber, Welches Lauterkeitsrecht braucht die Schweiz?, sic! 2012, 231, 232.

<sup>91</sup> Weber (FN 90), 232 und 236.

<sup>92</sup> Art. 1 UWG.

Hintergrund. So ist nach wohl allgemeiner Anschauung nicht jeder Anbieter, der etwa keine umgehende Bestätigung der Bestellung versendet, per se unseriös oder sein Verhalten unlauter. Die Einbettung der erwähnten Normen in das Lauterkeitsrecht erscheint daher als mindestens fragwürdig<sup>93</sup>.

[Rz 62] Die Integration von E-Commerce-Regelungsaspekten in das Lauterkeitsrecht hat noch weitere negative Konsequenzen, die vom Gesetzgeber offenbar überhaupt nicht bedacht worden sind. Der elektronische Geschäftsverkehr erfolgt sehr oft grenzüberschreitend, weshalb sich Fragen des anwendbaren Rechts stellen. Im Bereich des Lauterkeitsrechts entspricht es allgemeiner Auffassung, dass der Grundsatz des Auswirkungsprinzips zur Anwendung kommt (Art. 136 IPRG), konkret also das Recht am Ort des Wohnsitzes des E-Commerce-Kunden. Soweit es sich beim Kunden um einen Konsumenten im Sinne der Konsumentenschutzgesetzgebung handelt, wird es aus Gründen seines Schutzkonzepts in der Regel zu derselben Rechtszuständigkeit kommen (Art. 120 IPRG)<sup>94</sup>. Ausserhalb des Bereichs der Konsumentengeschäfte gelten indessen die vertragsrechtlichen Prinzipien: Einerseits ist es möglich, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Rechtswahl zu treffen (Art. 116 IPRG), andererseits bestimmt sich das Recht objektiv nach der vertragstypischen Leistung, konkret somit nach der Leistung des Verkäufers oder des Dienstleistungsbeauftragten (Art. 117 IPRG). Bei grenzüberschreitenden Transaktionen ist dies regelmässig nicht das Recht, das dem Auswirkungsprinzip folgt. Die Aufnahme der Sonderregeln von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG in das Lauterkeitsrecht führt somit zu (potenziellen) Kollisionen mit Bezug auf das anwendbare Recht, die sich vermeiden liessen, wenn vertragsrechtlich relevante Fragen nicht in das Korsett des UWG eingebunden würden.

[Rz 63] Über das anwendbare Recht hinaus bleiben neben Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG, der vornehmlich die Informationspflichten regelt, verschiedene vertragsrechtliche Aspekte, abgesehen vom Problem des Fehlens eines Widerrufsrechts, der Ordnung durch die Bestimmungen des Obligationenrechts vorbehalten. Wie eingangs erwähnt, fehlt es (weiterhin) an Normen zum elektronischen Vertragsabschluss, was zwar nicht dogmatische Probleme verursacht, aber doch merkwürdig ist, wenn Sondernormen zu den Informationspflichten gesetzgeberisch geschaffen werden. Weitere wichtige Aspekte sind von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG ebenfalls nicht erfasst: So stellen sich im Falle eines Erklärungsirrtums (Art. 24 OR) oder einer fehlerhaften elektronischen Übermittlung (Art. 26 OR) spezifische Fragen bei elektronischen Transaktionsabwicklungen, die vom Lauterkeitsrecht nicht abgedeckt sind, obwohl durchaus auch Schutzbedürfnisse

von Kunden zu beachten bleiben<sup>95</sup>. Zudem stellt sich die in der Gesetzgebungsgeschichte von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG nicht thematisierte Frage, ob es neben den neu gesetzlich geregelten Informationspflichten auch noch andere Informationspflichten geben kann, die sich auf das Konzept der vertraglichen «Sonderverbindung» abstützen und als sog. Nebenpflichten aus dem Schuldverhältnis zur Anwendung gelangen<sup>96</sup>. Die heute geltende Rechtslage ist somit sehr fragmentarisch.

[Rz 64] Aus allen diesen Gründen wäre es sachgerechter und einer Kohärenz im Hinblick auf die Regelung der Bedürfnisse des elektronischen Geschäftsverkehrs eher dienlich, wenn die auf die entsprechenden Verträge anwendbaren Regeln einheitlich statuiert würden. Idealerweise böte sich dabei ein eigentliches E-Commerce-Gesetz an, welches sowohl die soeben beschriebenen Pflichten als auch andere wesentliche Punkte des elektronischen Geschäftsverkehrs (zu denken ist etwa an die Regelungen hinsichtlich elektronischer Signaturen, die heute im Bundesgesetz über die elektronische Signatur verankert sind<sup>97</sup>) beinhalten könnte. Eine solche Lösung würde es nicht bloss erlauben, die anwendbaren Regeln bürgernah im Wesentlichen in einem einzigen Gesetz zu statuieren. Vielmehr wäre auch die Möglichkeit des allfälligen späteren Ausbaus dieser Normen einfacher und das UWG könnte entschlackt und auf eigentlich verpönte Verhaltensweisen reduziert werden.

## 4. Ausblick

[Rz 65] Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kann einerseits festgehalten werden, dass die neu eingeführten Regeln von Art. 3 Abs. 1 lit. s UWG einige Unklarheiten bzw. Punkte, welche noch genauer zu präzisieren sein werden, beinhalten. Dies wird voraussichtlich erst durch die Gerichte in autoritativer Weise möglich sein. Ungeachtet der damit vorderhand bestehenden Rechtsunsicherheit dürfte mit den neuen Bestimmungen zweifellos die Sicherstellung eines gewissen Masses an Transparenz im elektronischen Geschäftsverkehr einhergehen. Insofern ist die Regelung begrüssenswert; diese Einschätzung wird verstärkt durch den Umstand, dass gerade dem elektronischen Geschäftsverkehr ein Transparenzdefizit immanent ist, welches sich mit den diskutierten Vorschriften zumindest mildern lässt.

[Rz 66] Dennoch scheint, wie erwähnt, die eingeführte Regelung etwas aus einem Hüftschuss heraus entstanden zu sein. Neben dem Umstand, dass die Einbettung im Lauterkeitsrecht an sich schon aus rechtstheoretischer Sicht nicht vollends zu überzeugen vermag, bleiben verschiedene Probleme ungelöst, so etwa die genaue Definition der

<sup>93</sup> Zu Beispielen, in denen das Lauterkeitsrecht berechtigterweise in das Handlungsspektrum des E-Commerce eingreift, vgl. Weber (FN 3), 199 ff.

<sup>94</sup> Frank Vischer, in: Daniel Girsberger/Anton Heini/Max Keller/Jolanta Kren Kostkiewicz/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 136 N 6.

<sup>95</sup> Vgl. dazu Weber (FN 3), 202 ff.

<sup>96</sup> Weber (FN 62), Art. 97 N 69.

<sup>97</sup> Vgl. insb. Art. 3 ZertES.

entsprechenden Begriffe. Insbesondere scheint aber nach wie vor ein eigentliches Gesamtkonzept der rechtlichen Erfassung von E-Commerce unter Berücksichtigung sowohl der Parallelen zum herkömmlichen Geschäftsverkehr als auch der mit dieser Geschäftsform einhergehenden Unterschiede zu diesem zu fehlen. Zu einem ganzheitlichen Ansatz konnte sich der Gesetzgeber bisher nicht durchringen, sondern erarbeitete punktuell jeweils für die gerade drängenden Fragen entsprechende Lösungsansätze.

[Rz 67] Aufgrund der dargestellten bisherigen Entwicklungen ist indessen anzunehmen, dass die Vorgehensweise der fragmentarischen Gesetzgebung im Bereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs derzeit anhalten wird. Sollten neue Problembereiche auftauchen oder neue Projekte etwa seitens der EU aufgegriffen werden, dürfte der schweizerische Gesetzgeber wiederum primär punktuell aktiv werden. Dies entspricht dem bisherigen Ansatz. Zwar ermöglicht dieser die Behebung der drängenden Probleme, indem für die entsprechenden Teilbereiche eine Lösung gesucht und diese Lösung, wo angebracht, auch mit der Rechtssetzung der EU oder der Nachbarstaaten in Einklang gebracht werden kann. Nachteilig fällt aber bei der Verfolgung dieses Ansatzes ins Gewicht, dass die Abstimmung der einzelnen anwendbaren Vorschriften aufeinander nicht optimal gewährleistet ist und es so zu Situationen mit nicht sachgerechten Lösungen zu kommen vermag. Weiter ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber über kurz oder lang nicht darum herum kommen wird, sich namentlich zur Frage eines kohärenten Konsumentenschutzes im Bereiche des E-Commerce Gedanken zu machen, gerade auch im Hinblick auf die zunehmende Vernetzung der Märkte. Ob dannzumal neue Vorschriften wiederum nur Teilbereiche abdecken, bleibt zu sehen; eine einheitliche und umfassende Kodifikation des elektronischen Geschäftsverkehrs wäre wünschenswert, scheint aber momentan nicht in Griffweite zu sein.

---

Prof. Dr. Rolf H. Weber, Ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Gastprofessor an der University of Hong Kong, Rechtsanwalt in Zürich.

Christoph A. Wolf, lic.iur., Wissenschaftlicher Assistent Universität Zürich.

---

\* \* \*